

比例原则与国际争端中的武力使用

陈晓明 *

摘 要:比例原则是国际法的基本原则,更是战争法的根本原则,包括适当性、必要性和相当性三项子原则并以此对国际争端中的武力使用进行三阶段检验。适当性原则要求武力使用能够或有助于正当目的的实现;必要性原则要求武力使用是实现目的的最后手段;而相当性原则是要求使用武力与造成后果的均衡。它们分别从“目的导向”、“手段选择”、“价值取向”上规范目的与武力使用之间的关系,进而成为衡量国际争端中武力使用是否正当的基本依据。

关键词:比例原则 武力使用 适当性 必要性 相当性

一、引言

比例原则(the Principle of Proportionality)源自于基督教文明,蕴含着怜悯和仁慈的基本价值,深受骑士精神的影响并成为正义战争理论(just war)的一部分。正义战争理论提出了何时开战在道义上是正当的以及如何有道德地作战的六项标准,即正当理由、合法性、正当意图、成功的可能性、相称性和最后手段。随着国家间战事的频发,战争的残酷性促使人类思考如何发挥道德和法律在战争中的作用,以减少战争或降低战争给人类带来的灾难和破坏,从而比例原则逐渐被运用在作战手段和方式的规范上。

现代关于武力的使用,国际法历经《国际联盟盟约》、《非战公约》和《联合国宪章》(以下简称《宪章》)三个阶段的演进,已确立禁止使用与威胁使用武力的原则,其例外情形仅有集体安全和

自卫。自卫是当代国际法唯一允许国家单边使用武力的合法途径。自卫的比例原则的近代法源,以 1907 年《海牙公约》为先声,其后透过四大日内瓦公约及其议定书的缔结,形成当代成文战争法的规范体系。自此,战争法对战争的残酷程度起着限制作用,并使战争逐渐走上受到控制的轨道。

比例原则在战争法上具有双层意涵,它既可应用于关于武力使用之国际法(jus ad bellum),也可应用于战争法(jus in bello)。对前者而言,其关注的是在什么条件下发动一场战争是正义的,强调通过建立诉诸战争的规则来决定武力使用的合法范围;对后者而言,其关注的是在战争中对武力使用的限制问题,它决定了战斗部队在战争中的攻击目标以及适用的手段。

比例原则实质上是一个以目的和手段的相当性为内涵的调节规则,在国际法的理论和实践

* 作者简介:陈晓明,厦门大学法学院教授、博士生导师。

Dardam, Judith (1993), "Proportionality and Force in International Law," American Journal of International Law, Vol.87, pp. 394-395.

[美]布鲁诺·考比尔特斯等:《战争的道德约束:冷战后局部战争的哲学思考》,邹琳等译,法律出版社 2003 年版,第 19~21 页。

战争法与武装冲突法是同义词,后者的优点在于可以包括所有国际性武装冲突,不论是否经过宣战。

中已被广泛接受和运用,成为国家行使权利时必须遵守的一个原则,武力的使用当然也不例外。比例原则在具体运用上又派生出三个子原则,即适当性原则、必要性原则和相当性原则。由此,通过这三个原则,可以对武力的使用做三个阶段的检验。

二、使用武力的适当性(Suitability)

适当性是指手段必须能够或有助于正当目的的实现,而且手段必须合法,也就是说只要使用武力对追求目的的达成有助益或有效果,即符合了适当性要求。反之,如果使用武力无助于目的的实现,甚至有碍于目的的达成,则是不适当。适当性要求采用的手段必须符合实质理性,具有保持和促进国际社会价值的积极意涵,为国际社会所接受。由于该原则要求的是以目的为导向的手段选择,因此其所展现的是手段与目的之间的关系。

适当性所要解决的是诉诸武力的应然性,即使用武力的正义性问题。具有应然性,才具备诉诸武力的正当理由,是使用武力的前提条件。诉诸武力的应然性取决于目的的正当性、行为的合法性以及手段的有效性,具体说明如下:

1. 目的正当性。适当性首先取决于目的正当性。目的正当性可以说是使用武力的首要的也是最重要的条件。何谓目的正当?《宪章》序言开宗明义指出联合国组织的目的就是“欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸”,为达此目的,必须“保证非为公共利益,不得使用武力”。国际社会的公共利益体现在《宪章》的宗旨中,即维持和平与安全。《宪章》第2条第4款规定:“各会员国在其国际关系上不得使用武力或者武力威胁,或以联合国宗旨不符合的任何其他方法,侵害任何会员国或者国家的领土完整或者政治独立。”可见,凡是有侵害其他国家之“领土完整或政治独立”的武力使用或武力威胁都一律被禁止。《宪章》的根本宗旨是尽可能最大限度地限制各国使用武力,在国际关系中非法使用武

力当然不符合联合国的宗旨。任何国家都不得基于自身利益或企图扩张等而使用武力或发动战争,否则就是非正义的,非适当的。诚如被誉为国际法之父的格老秀斯(Hugo Grotius)所言,只有为了达到或重建人类的自然目标——和平或平静安宁的社会生活条件,而不是为了个人或集团的自我扩张,发动的战争才是正义的。

维持国际和平与安全的宗旨与在国际关系中使用武力有着最密切的联系。鉴于使用武力特别是战争会给人类带来严重的灾难与破坏,和平成为最高价值,国际社会秩序的维护以及对自决权、人权、经济与社会发展的目标的追求均不得通过诉诸战争或武力方式来达成。为此,《宪章》第1条规定:“维持国际和平及安全;并为此目的,采取有效集体办法,以防止且消除对于和平之威胁,制止侵略行为或其他和平之破坏;并以和平方法且依正义及国际法之原则,调整或解决足以破坏和平之国际争端或情势。”由此,解决国际争端的途径有两个:一是通过集体行动,防止和消除破坏和平行为的“集体措施”;二是以和平方法解决潜在的或实际的冲突。国家间存在着不同的利益关系,冲突和争端也就不可避免。但是,和平解决国际争端是维持国家间正常关系和维护国家主权的前提。

2. 行为合法性。适当性其次取决于行为的合法性。从法理上说,战争的正义性与合法性是一致的。师出有名,才具备使用武力的合法性。《宪章》规定,必须依正义及国际法之原则,并以和平方法且解决国际争端。

现代国际法禁止非法使用武力。1928年的《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》(简称《巴黎非战公约》)明确强调“废弃将战争作为实行国家政策工具,斥责用战争来解决国际纠纷”。这是国际社会第一次从法律上明确否定了“战争权”的合法性。随后,《联合国宪章》、《国际法原则宣言》等一系列重要的国际法文件确立了禁止使用武力原则,明确禁止以使用武力的形式侵犯其他国家的领土完整和政治独立,《国际法原则宣言》就规定:“各国在其国际关系上应避免

战争和使用武力在国际法上有不同含义,前者一般指两个或更多的国家之间在断绝和平关系下的国际暴力状态。而后者含义宽泛,包括了严格意义上的战争和非战争的武装冲突(亦即次于战争的武力使用)。

[美]列奥·施特劳斯等主编:《政治哲学史》,李天然等译,河北人民出版社1993年版,第464页。

为侵害任何国家领土完整或政治独立之目的或以与联合国宗旨不符之任何其他方式使用威胁或武力之原则”。禁止国家在国际关系上使用武力是现代战争法区别于传统的国际战争法的根本,是现代战争法赖以成立的基础。国际法院1986年在尼加拉瓜案判决中明确指出,禁止武力使用原则具有国际公认的法之确信(*opinio juris*),不仅具有国际习惯法的效力,更具有绝对法(*jus cogens*)的地位,由此可知,战争在现代国际法概念中已经没有存在的空间。

国际法禁止在国际关系中使用武力或武力威胁,否定国际法主体诉诸战争的权力,但并不禁止某些情况下合法使用武力的情况。依《宪章》的明文规定,在当代国际关系中,合法使用武力的情况除了联合国组织本身的集体安全行动和安理会授权的区域行动外,对联合国会员国而言,禁止使用武力还有一项例外,即依《宪章》第51条的规定对外来的武力攻击,在安理会采取必要办法以维持国际和平及安全以前,得进行武力自卫。根据这条规定,国家享有单独自卫权和集体自卫权。

自卫权是国家的一项基本权利,属自保权的一部分。所谓“自保权”,是指国家为了保卫自己的生存和安全,维护自己的主权和独立,有权采取国际法所允许的一切措施进行自我保全的权利。这种权利是所有国家都固有的,虽然《宪章》第51条所涉及的只是联合国会员国的自卫权,但是在习惯国际法上,自卫权是所有国家都享有的。著名国际法学家奥本海(L. Oppenheim)认为,根据国际习惯法,任何国家都没有义务在另一国家采取有损于它的受合法保护的利益时保持消极,如果发生这种情形,受影响的国家有权采取反对措施,如果一个国家受到攻击,它有权在必要的情况下使用武力以防卫自己不受攻击,击退进攻者并且将进攻者赶出国境。

在现代国际法下,国家基于自卫而使用武力是正当的,英国国际法学家劳特派特(Hersch

Lauterpacht)曾经说过:“一个法律体系可以禁止诉诸非法武力,但是它却不一定能阻止它发生;它也不能废弃为执行法律而行使的武力强制。”但是,为防止自卫权的滥用,根据《宪章》第51条的规定,行使自卫权必须满足下列条件:(1)受到外来的武力攻击。所谓“外来的武力攻击”主要指的是来自于外国的(指国家)武装军事进攻行动,其目的在于破坏受害国的领土完整和政治独立。(2)自卫的对象仅限于依照法律应为武力攻击负责的国家,如果单纯因为武力攻击来自某一国领域内,尚不足认定该国必须为武力攻击负责。(3)自卫必须是及时的,是在武力攻击已实际发生或在“刻不容缓的、压倒一切的、没有选择手段和余地的、没有考虑的时间的”情况下进行。(4)行使自卫权的方式受到相应限制,不得过当。

由此,美国发动反恐战争的正当性和合法性就存有疑问。首先,恐怖攻击并不符合《宪章》第51条的“武力攻击”。恐怖攻击是私人武装团体所为,不享有交战地位,其主体资格并不符合只有国家之间或内战始能存在武装冲突的国际法。其次,恐怖攻击行为开始地、标的所在地与结果发生地都在美国境内,并不是直接从美国境外投射武力,与战争行为完全不同,因此,使用武力显然不是唯一的必要的选项。再次,基地组织的恐怖攻击难以归责于阿富汗。基地组织的恐怖分子居无定所,流窜于多国,美国无法确定法律意义上的武力自卫反击对象,显然不能适用《宪章》第51条归责于阿富汗,无可避免地危及到阿富汗的主权独立和自主性。最后,美国出兵阿富汗攻打基地组织,既非国际性的武装冲突,更非《日内瓦公约》所指的內战,因此违反现行国际法关于武力使用的规定。何况美国不以消灭基地组织为满足,反而以政权改变为目标完全构成对自卫权的滥用。美国的行动与其说是自卫,毋宁说是紧急状态下的武力自助—国际警察行为。

3.手段有效性。这里的手段有效是指武力的使用对正当目的的实现有助益或起一定效果,也

杨永明:《国际法与禁止武力使用和威胁》,载《美欧月刊》1996年第2期,第96页。

王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第121页。

参见[英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第1卷第1分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995版,第308页。

参见[英]劳特派特修订:《奥本海国际法》(下卷,第1分册),王铁崖、陈体强译,商务印书馆1989年版,第134页。

这是在1837年“加罗林号”案件中确立的国际习惯法规则。同注,第309页。

就是手段和目的的正当联结性,即合目的性。维护世界和平与安全有多种手段与途径,和平共处五项原则以及其他公认的国际关系准则,是维护和平的政治基础;平等对话、协商和谈判,才是解决争端、维护和平的正确途径,武力的使用仅仅是迫不得已的方法。

就目前国际间的反恐来说,可以采用的手段很多,如情报共享、司法合作、引渡、刑事制裁、外交和经济压力、冻结资产、军事物资禁运、大规模毁灭武器控制等,尽管这些手段可能并非完全有效,但可以确定的是,多数情况下对预防和制止恐怖活动会有效果,而使用武力的效果则可能相反。尽管美国一再强调武力是對抗极端主义的最有效工具,但目前来看,效果并未彰显。美国已深陷于伊拉克,阿富汗的塔利班也有卷土重来之势,可谓“野火烧不尽,春风吹又生”。经验表明,动用武力对付恐怖主义不但没有使恐怖分子退缩或崩溃,反而使恐怖的暴力程度不断升级,形成无止境的恶性循环。实际上,使用武力只能治标,而不能治本。美国直捣基地组织老巢可能会使恐怖活动暂时收敛,但同时也会使恐怖组织更加隐秘,从而把美国带入更不安全的境地。

三、使用武力的必要性(Necessity)

必要性原则是指在所有能够达成目的的手段中,必须选择损害结果最小的手段。换句话说,在不违反或减弱所追求目的前提下,应选择侵害最轻之方法,也即符合“最小侵害原则”。这表明了武力惟有在已成为“最后手段”时,才可使用。

必要性是从经验的因果法则来考虑诸种手段之间的选择问题。因此它所表现的是一种手段与手段之间的比较和选择关系。通常,为达某种目的往往可能存在多种手段,在这种情况下,也就意味着每个国家有在不同手段之间进行比较与取舍的权利。为达到目的,国家有权选择一种在它看来合适的手段。但是,必要性对国家的选择权进行了限制。它要求在考虑诸种手段之间的选择问题时,应依据经验和知识对所采用手段的必要性进行判断,保证所要采取的手段在诸种可

供选择的手段中是最合理的选择。可见,该原则本质上是从手段的选择上规范国家行为。

必要性原则主要是解决何种情况下才可使用武力。前述的适当性只是使用武力正当化的必要条件,但并不是一个充分条件,还需要有必要性。因此,何种情况下需要使用武力就是一个需要解决的问题。

1.符合“军事必要”原则(Military Necessity)。“军事必要”是现代战争法所确立的一项重要原则,其内涵是:实现军事目的的需要不解除交战国尊重国际法的义务,所以并非交战国所有出自军事目的的需要而采取的军事行动都是“必要”和“合法”的,只有那些在符合国际法原则和规则条件下的行动才是“必要”和“合法”的。即使“条约无规定”也不能作为免除其义务的理由,根据《海牙公约》“马顿斯条款”(Martens Clause)的规定,在国际协定未规定的情况下,平民和战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。这就是说,交战国不仅要遵守现行条约的规定,而且在现行条约没有规定的情况下,也不能以条约没有明文规定为由采用国际人道法所限制的作战方法和手段。

首先,“军事必要”确立了使用武力的正当理由,即“自卫”与“防卫他者”。只有在“自卫”或“防卫他者”的情况下,使用武力才成为必要。^①其次,敌方在武力攻击之后仍显露出重要性的军事表征与活动,否则纵然先前存在一个武力攻击,自卫方也不得出于臆测而对敌方进行攻击^②,就是说,并非所有的使用武力都必然引起自卫权。再次,在具有正当理由的情况下,对使用武力的范围和方法进行限制,从而设定了交战国合法实施战争行为的法律底限。“军事必要”原则确定了在何种情势下开战,以及在交战中如何实施军事行动,对于辨识战争的性质、减少战争、加强战争中的人道主义保护等方面具有积极意义。

应当指出的是,“军事必要”是指法律意义上禁得起证据检验的必要,而非政治意义上的为推行国家政策的必要。虽然军事和政治往往联系在一起,“战争无非是政治通过另一种手段(暴力)的继续”^③。但是,“军事必要”的认定当然要以国际

① 孙君、陈解:《战争法军事必要原则的理论阐释》,载《西安政治学院学报》2006年第1期,第61页。

② 参见2003年国际法院伊朗诉美国石油平台案判决。

③ [德]克劳塞维茨:《战争论》,钮先钟译,商务印书馆1997年版,第43页。

法为依据。可是现实中往往出现政治考虑凌驾于法律事实的情况。美国发动的反恐战争就是明显的一例。美国借口自卫,侵入并掌控阿富汗,进而收编巴基斯坦并取得在中亚五国驻军的权利,在围堵伊朗的同时,趁势将触角伸入欧亚大陆的中心地带,改写全球地缘政治的版图。可见,美国基于现实主义需要,其政治算计明显,此时其自卫不再是单纯的自卫,而带有战略目的,因而自然无法为国际法和国际社会所接受。

2.符合“区分原则”(Distinction of Combatants from Noncombatants)。区分原则关注的是作战中哪些属于合法的攻击目标。它要求在战争中,对平民与武装部队、战斗员与非战斗员、战斗员与受难者应加以区别;把民用物体与军事目标区分开来,并在战争与武装冲突中分别给予不同的对待。战斗行为所伤害的只能是在战斗中的战斗员,不得将平民、非战斗员和丧失战斗能力的战争受难者和民用目标作为攻击的对象。当一个人或一个目标难以确定其性质时,应首先假定其为平民或民用目标。区分原则现已成为国际人道法的一项重要基本原则,为武装冲突中保护平民和民用目标提供理论根据。

首先,要区分战斗员与非战斗员。由于非战斗员处于战争之外,他们并非战争的有机组成部分,战争的实质是打击敌方的战斗员,所以非战斗员对战争具有豁免权。对他们的攻击既不正当也不必要。当然,现代战争具有难以识别的问题。通常来说,战斗员公开携带武器,而游击队员则把自己伪装成平民,但是,“难以识别”并不能成为政府滥杀的权利,识别战斗人员的责任在于政府。^⑭

其次,选择军事攻击目标。根据战争法规则,只有军事目标才可以作为军事攻击的目标。1977年5月《日内瓦公约第一议定书》(以下简称《议定书》)第48条规定,为了保证对平民居民和民用物体的尊重和保护,冲突各方无论何时均应在平民居民和战斗员之间以及民用物体和军事目标之间加以区别,因此,冲突一方的军事行动应以军事目标为对象。该《议定书》第52条还明确规定:军事目标只限于由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献,而且在当时情况

下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用,能提供明确的军事利益的物体。

但是,在实践中,确定目标会有许多困难:(1)区分军事目标与民用目标不仅是攻击方的责任,也是防御方的责任。《议定书》在规定保护和区分的责任主要在攻击方外,还对防御方设定责任,《议定书》第51条第7款和第58条明文规定,禁止利用平民居民和平民个人的移动,企图掩护军事目标不受攻击,或掩护军事行动,防御方有义务将其控制下的平民居民、平民个人和民用物体从军事目标的附近地方迁移,避免将军事目标设在人口稠密区内或附近地方,并应采取必要预防措施免受军事行动所造成的危害。由于双方均会根据自身的利益作出判断和选择,往往难以判明。(2)在现代战争中,军民两用目标的出现也增加了区分的难度,况且,民用设施事实上也可被用于军事目的,如铁路、公路、桥梁、电站等。军民两用设施一方面为区分军用和民用目标带来困难,另一方面也给攻击一方提供了不加区分攻击的借口。如在以美国为首的北约对南联盟的战争中,南联盟50多座桥梁、12条铁路线、5个民用机场、57%的军民两用油库以及39%的广播电视转播站被炸,致使国家经济基础设施遭受严重损坏。

最后,区分战略轰炸目标。战争习惯法规则禁止无区别的大规模轰炸,但是,作为一种作战方法,战略目标轰炸在战争中时常出现。其合法性与否在于能否遵行《议定书》第48条所规定的区分原则。该议定书对大规模轰炸进行了严格限制,禁止不能区分军事目标和民用目标的不分皂白的轰炸。但是,战争法并不禁止合法的战略目标轰炸。如1922年《空战规则草案》规定,军队、军事工程、军事建筑物或仓库、制造武器弹药或军需品的重要工厂、军事运输交通线等均可作为空中轰炸的目标,即便对于军事目标附近的民用物体,如有合理的假设认为,军事集结相当重要,亦可进行空中轰炸。

3.符合“紧迫性”原则(Immediacy)。自卫权的行使还必须考虑时间上的紧迫性问题。自卫必须对实际存在的武力攻击而发,或至少必须对“即将发生”的武力攻击,如果仅属于未来的武力攻

^⑭ 左高山:《正义的战争和战争的正义》,载《伦理学研究》2005年第6期,第46页。

击,或武力攻击已经结束,均不能认为具有以自卫行为来保全国家的紧迫性。一般来说,紧迫性越高、越明显,就越具有自卫的合理性和必要性。

紧迫性原则确立于 1837 年的卡罗林(Caroline)号案^⑮,即自卫“必须在危急迫切,不能选择手段,也无暇考虑的限度以内,方为合法”。^⑯这一解释很快发展成为国际习惯法规则,对《宪章》第 51 条的解释产生重大影响。何谓“紧迫性”?国际法莫衷一是,实践中只能个案判断。一般来说,只要一个国家掌握充分的证据,能证明武力攻击确实已经发动,而不仅是单纯的威胁或潜在的危险,即使该攻击还滞留在攻击国、第三国或公海(空)之内,还未造成实际损害,就可以进行自卫。例如二次大战期间,假设美国在日本舰队抵达珍珠港以前,提前在半途上拦截日本舰队,即能构成合法的自卫。因为日本舰队驶离其基地以后,对美国的武力攻击就已经是最后的、明显的不可逆转的行动。在现代条件下,要求武力攻击实际发生才能自卫既不合理也不现实。因为现代的军事行动几乎不给敌方反应时间,高科技武器也使得被侵略国无暇判断武力攻击是否紧迫,等待的只能是灾难性后果。正如有学者所言,当军事攻击迫在眉睫时,仍然要求一个国家“坐以待毙”等到攻击发生,这在国家的接受上和其潜在的适用上简直是对宪章最大限度地降低未经许可的强制和跨国界暴力这一主要目的的嘲讽。^⑰

任何国家可以根据实际情况自行决定何时采取自卫行为,但是,不合理的迟延常被认为是武力报复^⑱,因为自卫的目的是排除侵害,而不合理的迟延使用武力无法避免遭受侵害,只是针对别国侵害行为的报复。例如,国际法院在尼加拉

瓜案^⑲判决中指出,美国延迟数月以自卫为名对尼加拉瓜发动武力攻击显见美国宣称的萨尔瓦多受到来自尼加拉瓜的武力攻击不属于紧迫的危险。美国以反恐为名攻击阿富汗和伊拉克也存在同样的问题。因为恐怖分子大都是以合法入境方式进入美国,长期潜伏并伺机在美国境内从事劫机或恐怖爆炸。美国完全有充裕的执法时间,加强境管、安检、维安等国内治安措施,达到预防恐怖攻击的效果,完全不存在紧迫性问题。武力报复不但为联合国宪章所禁止,也为国际习惯法所不许。

4. 符合“最后手段”原则(the Last Resort)。在国际争端中,使用武力只能作为“最后手段”,即只有在所有解决冲突的非军事手段已经被尝试用尽之后才能够使用。联合国国际法委员会曾表示,“必要性的核心,是受攻击国在没有其它确实、可行的和平手段可资选择,方可诉诸武力”^⑳。《宪章》赋予了联合国安理会在维护国际和平及安全方面的主要职责,其中之一就是在建议使用武力前,安理会可以尝试其他解决方案,例如经济禁运和制裁,或发布决议等。《宪章》第六章第 33 条还规定:“任何争端之当事国,于争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时,应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用,或各该国自行选择之其他和平办法,求得解决。”

“用尽最后手段”已成为战争法中的一个基本规则。从严格意义上来说,只有“用尽最后手段”,战争手段才成为必要。此时,便出现了“先发制人”是否合法的问题。“先发制人”是指一国在外来的武力进攻已迫在眉睫但还未真正发生时,

⑮ “卡罗林号”是一艘受雇于加拿大叛军的美籍私船,为叛军从美国境内运送补给品与兵员到加拿大境内,使叛军迅速成长,英国认为叛军已构成对安大略省安全的威胁,于是在 1837 年趁夜袭击该船,将之焚毁并造成美方两人死亡。英国主张“卡罗林号”事件英军是出于自卫或自保。美国强调英国的行为在万国法下不能被归类为自卫,因为“卡罗林号”受雇于叛军,充其量只是介入所谓的内战,而内战中政府军镇压叛军不能谓之自卫,何况叛军尚未对英国领土构成敌对行为。

⑯ 俞宽赐:《国际法新论》,台北编译馆 2002 年版,第 166 页。

⑰ 余民才:《自卫权适用的法律问题》,载《法学家》2003 年第 3 期,第 149 页。

⑱ 参见联合国安理会第 188(1964)号决议。

⑲ 1981 年美国以受萨尔瓦多请求,行使集体自卫权为名,在尼加拉瓜领海进行布设水雷、攻击港口与油管设施等直接侵略活动。尼加拉瓜为此向国际法院控诉。法院调查发现,集体自卫行动应于 1981 年 1 月所谓尼加拉瓜攻击萨尔瓦多之后展开,但是从这个日期以后尼国对萨国的侵扰显著减低,美国竟延迟 3 个月才开始自卫。萨国等受害国本身从未行使自卫权,也没有证据显示萨国确实曾向美国求助,因此最后认定美国宣称自卫完全缺乏必要性。美国支持叛军、布雷与攻击港口和油管的行为已违反《宪章》第 2 条第 4 项,要求美国立即停火且不得再从事对抗尼加拉瓜的行为。

⑳ 同注,第 190 页。

而进行的武力反击行动。对此,国际法中并没有相应的规定,因而有很大争议。争议的焦点在于习惯法上的“先发制人”能否是联合国制度下自卫权的一部分,赞成者强调自卫权是一国的“固有权利”,包括“先发制人”,反对者则强调自卫只有在“武力攻击发生之时”,因而认为“先发制人”非法。

如果严格按照现代国际法来解释的话,“先发制人”似乎难以立足。但是从一般法律原则与习惯法来看,当武力攻击的威胁已具体出现且迫在眉睫之际,只要别无手段防止,国家行使自卫并无不当之处,因为自卫是国家生存的最后手段,无须等生死存亡之际才能行使。联合国秘书长安南(Kofi Annan)也明确表示“立即的威胁为《宪章》第51条文义所涵盖”^②。而且,用尽最后手段的初衷是为了尽量避免战争,如果不适当的运用不仅可能不会避免战争,反而会激化战争。例如二战爆发前夕英国和法国对纳粹德国所采取的绥靖政策就加速和导致了战争。况且,现代军事科技与战略思想的日新月异,使得国家的传统防御力削弱,对方第一波攻击可能就决定了战争的输赢,等武力攻击实际发生无异于坐以待毙。此时,期待受威胁的国家严守自卫的规则,显然不符实际。因此,“先发制人”现在已基本为国际社会所接受。

但是,先发制人(preemptive strike)与预防性攻击(preventive strike)不同,有必要加以区分。前者是指来自敌国的明确的、迫在眉睫的攻击,后者则无此紧迫性,针对的仅仅是一种“潜在的”或“非迫在眉睫的”威胁,并不具有反击的必要性,比如,好战言论、军事动员和集结、研制大规模杀伤性武器等。1981年以色列袭击并摧毁伊拉克一座在建核反应堆就属此种情况,毫无合法基础,受到了安理会谴责,因为预防性攻击并不符合自卫必须是消极使用武力的本质。以采取预防措施来使战争甚至占领别国领土正当化就曾为纽伦堡军事法庭所坚决反对。法庭判决认为,纳粹德国对丹麦与挪威发动的战争,尽管德方声称

战争是为了追求和平而带有防卫的本质,但是其带有明显的军事考虑、战略规划和政治目的并且建立亲德政府,侵略本质昭然若揭。^③所以,预防性攻击逾越国际法的最大容许范围而演变成为武力报复,现实中往往成为规避法律约束的遁词。在现有国际法下,一国如有确凿的证据面临军事威胁,应提交联合国安理会。如安理会同意,可以授权采取军事行动;如果安理会不同意,则可采用其它方法,如劝说、谈判、威慑和遏制等,军事行动应属最后考虑事项。不采取集体认可的行动而采取单边行动会给国际秩序造成很大危害,因而不合法。例如,1990年老布什发动的海湾战争,得到了联合国安理会的授权,因而合法;而2003年小布什发动的伊拉克战争,则不具备“合法”使用武力的任何一个条件:既未经联合国安理会的授权,又不符合《宪章》第51条所规定的自卫原则,在这种情况下对一个主权国家使用武力,就违反了国际法。

四、使用武力的相当性(Proportionality)

相当性原则要求国家所采用的手段必须与追求的利益(jus fructus)以及法信仰(convictio juris)达成平衡,也就是应在目的与手段间保持适当、正当和合理的比例关系。就使用武力来说,它是在军事必要的要求和人道主义考虑方面达成平衡。具体来说,它不但限制作战方法和手段,而且要求使用武力的方法和手段应与预期的、具体的和直接军事利益成比例,禁止损害过分的攻击,以及使用引起过分伤害和不必要痛苦性质的作战方法和手段。^④

相当性的本质在于国家不能为达目的而不择手段,国际法虽承认国家有行使自卫的权利,但同时要求自卫反击的规模、强度和后果等不得大于自卫者在相应方面受到侵害的程度,避免自卫外溢形成报复。以二次大战期间日本偷袭珍珠港为例,日本偷袭珍珠港固然给了美国自卫的合法基础,但1945年美国以原子弹轰炸日本广岛

^① The UN Chronicle: “In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights For All”, <http://www.un.org/Pubs/chronicle/2005/issue1/0105p4.html>.

^② International Military Tribunal: “Judgement: The Invasion of Denmark and Norway”, Nuremberg, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/juddenma.htm>.

^③ 同注,第633页。

和长崎,明显违反战争中应遵循的一般法律原则,逾越自卫的相当性。相当性原则意在降低使用武力的激烈程度,努力将损害和伤亡限制在最小范围之内。

1.武力的程度。关于武力的程度,目前的国际法条约并没有提供一个可供遵循的规则,即使是国际习惯法,也只是有一个原则要求,即使用武力的程度应与外来攻击的程度相当。但是,现代国际法对武力的使用有一些基本要求,这些要求限定了使用武力可允许的程度。

武力的程度首先与其手段和方法相关联。手段是指使用何种武器,方法是指如何使用这些武器。战争法条约要求交战各方在选择作战方法和手段时必须有所节制,应使用与直接军事利益相对称的方法,禁止使用不分皂白的武器和作战方法;禁止使用大规模毁灭性武器和作战方法,以及具有过分伤害力、造成极度痛苦的武器和作战方法;禁止使用背信弃义的作战手段和方法。目前,战争法禁止的作战手段和方法有:(1)禁止使用生化武器。(2)禁止使用原子武器、氢武器和核武器。(3)禁止使用改变环境的技术。如美国在越战中为消灭“丛林卫士”大量使用“落叶剂”以后,大量的森林和植被遭到破坏,致使该地区的人类遗传疾病和恶性肿瘤的发病率持续攀升。(4)禁止或限制某些常规武器。如禁止任何其主要作用在于以碎片伤人而其碎片在人体内无法用X射线检测的武器;限制使用地雷、燃烧武器和激光致盲武器等。

国际人道法还规定了大量给予平民居民和战争受难者以直接保护的规则,要求战争中首先应保护非战斗员、战争受难者,不得进行不分皂白的无差别攻击。不分皂白的攻击是指“可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害,或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击”^{②④}。国际法院在1986年对尼加拉瓜案判决指出,保护平民与失

去战斗力之战斗员的生命、自由和财产的义务,在习惯法上已经具有绝对法的地位。^{②⑤}如此,美军在海湾战争中炸毁阿马里亚民用防空掩体,造成上千平民伤亡;美军在科索沃战争中炸毁南联盟的大量民用基础设施等,都严重违反了人道保护规则。同时,国际人道法对战斗员也给予人道待遇,尊重其人身尊严和个人权利,不得对其施以诸如杀害、虐待、酷刑及肢体伤害等暴力行为。如美军在伊拉克阿布格莱布监狱的虐俘事件,其手段之卑劣令人发指,引起了国际社会的强烈谴责。

由此可以看出,即使国家使用武力是合法的,在武器及攻击方式的选择上也没有不受限制的自由,只能做出有限和适度的反应。为了避免人类的灾难,国际法禁止一切滥杀、滥伤、使用极度痛苦的作战方法和手段,诚如罗尔斯(John Rawls)所言,“采用的手段一定不能破坏和平的可能性或鼓励一种对人类生命的蔑视,因为这种蔑视将会把我们的安全和人类的安全置于一种危险的境地”^{②⑥}。

2.武力的范围。现代国际法还要求使用武力在规模上限于实现自卫目的所必要的范围。一般认为,自卫的范围应限于:(1)驱退正在进行的攻击;(2)在第一波攻击之后抵抗敌人下一波攻击;(3)恢复到遭受攻击以前的状态(例如收复失土)等。^{②⑦}可见,“自卫并不包括自卫的国家侵犯另一个国家领土主权的行动,因为自卫的国家的自卫行动限于将入侵者驱逐出本国领土”^{②⑧}。然而,现代高科技战争是一场非线性的战争,没有明确的前方与后方,没有明确的战争与和平,自卫者如不侵入加害国往往达不到自卫的目的。此外,自卫的战略目标应以“解除攻击威胁”和“恢复原状”为限,不得推翻敌对国家的政权,否则即逾越自卫的相当性。《宪章》等国际法文件一再重申,“各国义务不以任何理由直接干涉别国的内政”的立场。因此,美国1983年出兵格林那达,1989年出兵巴拿马,2001年以庇护本·拉登为

^{②④} 参见《日内瓦公约第一附加议定书》第51条第5款b项。

^{②⑤} Naorem Sanajaoba, (2006), “The Armed Forces (Special Powers) Act: An unproclaimed emergency & gross injustice”, <http://www.article2.org/mainfile.php/0506/259/>, para. 24.

^{②⑥} John Rawls (1971), “A Theory of Justice”, Cambridge, Mass: Harvard University Press, p.379.

^{②⑦} O’Connell, Mary Ellen (2005), “International Law and the Use of Force: Cases and Materials”, New York: Foundation Press/Thomson West, pp.6-7.

^{②⑧} 同注,第311页。

名,推翻阿富汗塔利班政权以及2003年又以伊拉克拥有大规模杀伤性武器及与本·拉登相勾结为借口,推翻萨达姆政权均违反了相当性原则。

在现代国际法下,自卫的武力使用和惩罚性的武力使用有严格的界限,超越实现自卫目标应有的范围,即是使用惩罚性的武力,就变成武装报复,就违反相当性原则。因为《国际法原则宣言》规定,各国皆有义务避免涉及使用武力的报复行为。联合国安理会也一再谴责武装报复,指出其与联合国的宗旨和原则相悖。

3. 损害的后果。《关于国家责任的条文草案》第51条明确规定:“反措施(countermeasure)必须和所遭受的损害相称,并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。”^②这实际上是指自卫的程度及后果与所受到伤害的后果比例相当。验证一个自卫行动是否合乎比例性,主要有以下两项标准。

一是自卫行动的破坏性效果应与它所追求的目的大体相称。只有相称时,才是“必要”的,从而被认为是合法的。虽然任何自卫行动必然会带来一定程度的破坏性效果,但这种破坏性应是有限度的,不应造成不必要的破坏性效果。这主要是基于国际人道主义和国际安全方面的考虑,而不是单纯从军事角度考虑。不受节制的军事行动必将带来人道主义的灾难,从而使国际社会获得和平的愿望无法实现。诚如卢梭(Jean-Jacques Rousseau)所言:“战争的目的既是摧毁敌国,人们就有权杀死对方的保卫者,只要他们手里有武器,可是他们一旦放下武器,不再是敌人或者敌人的工具时,他们就又成为单纯的个人,而别人对他们也就不再有生杀之权,战争决不能产生不是战争目的所必需的任何权利。”^③因此战争并没有授予交战者肆无忌惮地采取一切方法和手段攻击对方的权利,不受限制的作战方法和手段无论在道义还是法律上都应当禁止。

二是自卫所保全的利益应当与其所造成的损害相均衡,也就是自卫手段不应明显逾越所受

到的武力攻击的严重性与程度,尤其指平民的伤亡。相当性原则要求将所有的后果全都考虑进来。衡量后果使用的是一种更注重整体的方法而不是一种更注重微观的方法。例如1982年马岛战争期间,英国潜艇将阿根廷巡洋舰“贝尔格拉诺将军号”击沉,造成386名阿根廷海军官兵的丧生。由于当时这艘巡洋舰并没有被用来对付试图重新夺回马岛的英国舰队,因此阿方海军官兵的丧生同巡洋舰构成的威胁似乎是不相称的。在微观战术上该事件可被认为是一场道德上的灾难,但是,从更宏观的战略角度看,英国认为该巡洋舰对他们舰只构成威胁,因而该巡洋舰仍然是一个合法的军事打击目标。因此,尽管摧毁“贝尔格拉诺将军号”的后果非常严重,但并没有违反相称性要求。^④因此,判断危害后果不仅要考虑某次军事行动的直接的立即后果,还应考察其累积效应或附随效果。比如,在交战中,工业、电力或通讯设施可能会被作为军事目标受到攻击,这种攻击可能会对平民健康和正常的生活造成相关的损害。如轰炸工业和化工设施会造成生态和环境毁坏,大规模战争过后会给民众带来的各种人道主义灾难等等。

五、结束语

美国经常在国际争端中使用武力已造成对国际法极大的冲击和挑战,国际社会面临的一个重大问题是如何将武力的使用限制在适度、必要的范围之内,特别是在国际法不得不给各主权国家留有相当程度的自卫权的时候,如何才能保证武力的使用是适度的,不会为目的而不择手段,不会出现总成本高于总利益的情况。此时,基于手段与目的间关系考量的比例原则就显得尤为重要,借助比例原则可以对上述情况进行有效的控制。

比例原则的适当性原则将武力的使用限定在国际法设定的目的范围内,禁止偏离法定目的的滥用。必要性原则虽然允许国家自主判断的存

^② 联合国国际法委员会:《国家对国际不法行为的责任条款草案》,载《北大国际法与比较法评论(第1卷)》,北京大学出版社2002年版,第242页。

^③ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2000年版,第19页。

^④ 同注①,第63页。

在,但进一步强化对手段的要求,表明即使目的正当,手段也不一定正当,以此限制国家武力使用的恣意。相当性原则则进行利益上的总体衡量,设定武力使用对他国乃至整个人类的影响限度,以最大限度维护国际社会的公益。由此可见,比例原则主要可以发挥两方面功效:一是设定武力使用的正当理由和合法范围;二是限制国家选择手段的权力,要求手段必须与后果相当并且与目标相适应。

总之,比例原则在国际法中的作用是不可替代的。它在限制国家自卫权和减缓武力程度方面扮演了非常重要的角色。同时,它也为武力的使用是否正当与公平提供了一个较为客观、容易把握的判断标准,使国际法实施中的大量现实问题得以解决,从而更好地维护了国际社会的正常秩序。国际立法和司法的实践表明,比例原则不论是在过去、现在还是将来都将是判定使用武力是否正当合法的重要基准。